

Karolina M. Cern, Bartosz Wojciechowski

**Święty Graal dziedzictwem przeszłości,
czyli o poszukiwaniu wspólnej kultury prawnej w praźródłach
prawa unijnego**

Wstęp

Współczesny człowiek inaczej niż przez ostatnie kilka tysięcy lat doświadcza fenomenów czasowych i przestrzennych, i to zarówno w perspektywie jednostkowej, jak i społeczno-kulturowej czy instytucjonalnej. Dokonujące się pod wpływem szeroko rozumianych procesów globalizacji oraz integracji europejskiej zmiany otaczającej nas rzeczywistości społecznej implikują zanikanie dawnych sposobów życia. Doświadczamy w związku z nimi skrajnie różnych odczuć. Z jednej strony wzrostu przestrzeni swobód, różnorodnych możliwości bycia i działania, które niegdyś zarezerwowane były dla elit bądź w ogóle pozostawały w świecie marzeń czy też fikcji. Z drugiej zaś strony owe gwałtowne i różnorodne zmiany rodzą frustrację, rozczarowanie, poczucie niepewności i destabilizacji, a nawet poczucie utraty zdolności rozumienia świata i przynależności do wspólnoty.

Jednym z głównych generatorów tych przemian jest specyfika konstruowania praw, to znaczy ich argumentacyjne tworzenie i aplikacja do określonych sytuacji, uwzględniające tradycję czy bieżące roszczenia ważnościowe własnego, to jest krajowego prawodawstwa i jego narodowych adresatów oraz konfrontowane z odmiennością porządków prawnych tworzonych przez inne państwa, instytucje ponadpaństwowe czy międzynarodowe. Proces ten może skłaniać do zapytania o wspólnotę i naturę wspólnoty politycznej, której miałoby się być pełnoprawnym członkiem.

Prawno-instytucjonalne funkcjonowanie Unii Europejskiej, której Polska jest państwem członkowskim, wygenerowało unikalny na ska-

lę światową fenomen multicentryczności lub inaczej, wielopłaszczyznowej policentryczności systemu prawa. Multicentryczność rozumiana jako podział kompetencji *quo ad usum* pomiędzy organy krajowe i unijne wynika z przyjęcia zasady supremacji prawa unijnego oraz prymatu zasady skuteczności (*effet utile*) tegoż prawa w stosunku do krajowych porządków prawnych. Wskazana policentryczność źródeł prawa unijnego (płaszczyzna różnych instytucji Unii Europejskiej, płaszczyzna instytucji krajowych oraz płaszczyzna umów multilateralnych między państwami członkowskimi) niewątpliwie napędza dyskusje o tożsamości narodowej jak i europejskiej oraz o – domniemyanych – wspólnych korzeniach ponadnarodowego prawa, jakim jest prawo unijne.

Część I

Funkcjonowanie systemu multicentrycznego opiera się na logice odmiennej od tej przyjmowanej zarówno na gruncie systemów państw członkowskich, jak i w obrębie samego prawa unijnego, którego hierarchia źródeł prawa, zagadnienia walidacyjne czy też hierarchia organów stosujących prawo stanowią nadal ważne kwestie badawcze¹. Powyższe pociąga za sobą zmianę paradygmatu rozumienia i funkcjonowania prawa jako systemu, zwłaszcza w jego strukturze pionowej. Rewizji poddawany jest pogląd o monistycznym sposobie przedstawiania systemu prawa przez Hansa Kelsena czy Herberta L. A. Harta na rzecz multicentrycznego² czy wręcz globalnego systemu prawa³. Oka-

¹ Na kwestię niejednoznaczności hierarchii źródeł prawa unijnego zwrócił jednak ostatnio uwagę m. in. Andrzej Całus w artykule *Hierarchia w prawie Unii Europejskiej*, w: Adam Łazowski, Rudolf Ostrihansky (red.), *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Piątka*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 47-56.

² Gerda Falkner, Miriam Hartlapp, Simone Leiber, Oliver Treib, *Democracy, Social Dialogue and Citizenship in the European Multi – level System*, paper for the 1st Pan-European Conference on European Union Politics, Bordeaux 26 – 28 September 2002, <http://www.mpi-fg-koeln.mpg.de/socialeurope/downloads/BordeauxCitizenship.pdf>; Wolfgang Kerber, „An International Multi – Level System of Competition Laws: Federalism in Antitrust”, *German Working Papers in Law and Economics* 2003, nr 1. Pojęcie „multicentryczności systemu prawa” wprowadziła Ewa Łętowska, „Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje”, *Państwo i Prawo* 2005, nr 4, s. 3-10; tejże, „Między Scyllą a Charybdą – sędzia polski między Strasburgiem i Luksemburgiem”, *Europejski Przegląd Sądowy* 2005,

zuje się bowiem, iż klasyczne dynamiczno-statyczne powiązania między normami nie są wystarczające do opisu aktualnego systemu prawa (systemów prawa) i to zarówno w odniesieniu do rekonstrukcji typów systemów, jak i systemu konkretnego. Wynika to przede wszystkim z wyłonienia się w ostatnich latach wielu różnych i względnie niezależnych ośrodków prawotwórczych. W tym kontekście można mówić o multicytryczności systemu prawa⁴ przez pryzmat „geometrii trzech płaszczyzn”⁵: prawa krajowego, unijnego oraz prawa tworzonego w ramach systemu Rady Europy.

Jak zatem trafnie zauważa Wiesław Lang, w przypadku multicytryczności mamy do czynienia z występowaniem „w jednym porządku prawnym wielu równorzędnych źródeł prawa nie tworzących układu hierarchicznego (hierarchii norm)”⁶. Tymczasem do tej pory powszech-

nr 1, s. 3-10. Jak zauważa Autorka, wstąpienie Polski do Unii Europejskiej spowodowało, że inaczej postrzegane jest uczestniczenie obywateli i organów władzy publicznej w kulturze prawnej i co wprost zauważalne, że *corpus iuris polonicum* stał się genetycznie niejednorodny, ponieważ obejmuje system prawa narodowego oraz *acquis communautaire*.

³ Zob. m. in. François Ost, Michel van de Kerchove, *Legal System. Between Order and Disorder*, Oxford University Press, London 1994, *passim*; Rüdiger Voigt, „Globalisierung des Rechts, Entsteht eine „dritte Rechtsordnung“?”, w: Rüdiger Voigt (Hg.), *Globalisierung des Rechts*, Nomos, Baden-Baden 1999, s. 13 i n.; Wojciech Cyruł, Bartosz Brożek, „Globalny system prawa”, w: *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2003, t. 2, s. 94-109. Globalny system rozumiany jest jako pluralistyczna koncepcja prawa, w którym kilka systemów prawnych koegzystuje w tym samym momencie. Na temat pluralistycznej koncepcji prawa pisał Neil MacCormick w *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, New York 2001, s. 94, a także s. 115.

⁴ Nie jest możliwe, przy zachowaniu odpowiednich proporcji niniejszego artykułu kompleksowe opracowanie tego doniosłego, acz szerokiego, zagadnienia, dlatego też ograniczymy się tylko do kilku, najważniejszych naszym zdaniem uwag. Chcielibyśmy zauważyć, iż multicytryczność systemu prawa przejawia się na co najmniej trzech płaszczyznach: tworzenia prawa, obowiązywania prawa i stosowania prawa.

⁵ Sformułowanie użyte przez Marka Saffjana podczas Konferencji „Pozycja sądów konstytucyjnych w następstwie integracji z UE”, Bleda – Słowenia 30 IX – 2 X 2004, cyt. za Przemysław Mikłaszewicz, „Pozycja sądów konstytucyjnych w następstwie integracji z Unią Europejską (Konferencja w Bledzie – Słowenia 30 IX – 2 X 2004)”, *Państwo i Prawo* 2005, nr 3, s. 120. Zob. również, Aleksandra Kustra, „Wokół problemu multicytryczności systemu prawa”, *Państwo i Prawo* 2006, nr 7, s. 87 n.

⁶ Wiesław Lang, „Wokół problemu „multicytryczności systemu prawa”, *Państwo i Prawo* 2005, nr 7, s. 95.

nie akceptowana była teza o hierarchicznym, piramidalnym uporządkowaniu systemu prawa⁷. Najogólniej mówiąc, w systemie monocentrycznym norma wyższego rzędu stanowi podstawę obowiązywania normy niższego rzędu, o ile została ustanowiona przez organ do tego kompetentny na podstawie normy wyższej (powiązania dynamiczne wskazujące na zależności instytucjonalno-prawotwórcze) oraz norma niższa jest powiązana z wyższą jak twierdzenie szczegółowe z ogólnym (powiązania statyczne wskazujące na zależności w obowiązywaniu normy z uwagi na jej treść). Nie oznacza to oczywiście, że tego typu powiązania nie występują obecnie, lecz raczej że nie wszystkie relacje między normami da się uporządkować w oczywisty wertykalny bądź horyzontalny sposób, gdyż są one współcześnie zastępowane przez tak zwaną cyrkularną lub zapętloną hierarchię norm⁸.

W takim ujęciu choć system prawa zyskuje wyraźnie refleksyjny charakter, to jednak za taką cenę, że w jego ramach dotychczasowa koncepcja obowiązywania opierająca się na zasadzie legalności jest wypierana przez proceduralne programy oparte na idei regulacji⁹. Chodzi tutaj o szeroko dyskutowane w literaturze przedmiotu z zakresu integracji europejskiej wypieranie idei *government* (dotychczasowa normatywna idea demokratycznie legitymizowanego sposobu rządzenia) przez ideę *governance* (nowa idea efektywnego zarządzania, w której trzon normatywny jest eksplikowany przez szereg głównie operacyjnych reguł działania dostosowywanych do poszczególnych obszarów polityczno-gospodarczych). Ta nowa wizja rządzenia, dość entuzjastycznie postrzegana w latach osiemdziesiątych czy jeszcze dziewięćdziesiątych XX wieku, jest obecnie dość krytycznie dyskutowana i częstokroć traktowana jako jedna z przyczyn demokratycznego deficytu w UE w ramach całego trójpodziału władz (tj. zarówno w kontekście legislacyjnym, sądowniczym jak i władzy wykonawczej). Kanwą dla

⁷ W literaturze przedmiotu hierarchia przedstawiana w postaci relacji porządkującej zbiór, przy czym chodzi o relacje hierarchicznej nadrzędności i równorzędności. Zob. szerzej Krzysztof Pleszka, „Hierarchia w systemie prawa”, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, CMXXI, Kraków 1986, rozdz. 4.

⁸ F. Ost, M. van de Kerchove, *Legal System...*, op. cit., s. 69. Ost uważa, że zapętlona hierarchia to interakcja między poziomami, w której relacje zachodzą we wszystkie strony, to jest poziom najwyższy skierowany jest z powrotem do poziomowi niższego, wpływając na niego, a równocześnie sam jest determinowany przez tenże poziom najniższy.

⁹ W. Cyruł, B. Brożek, „Globalny system prawa”, op. cit., s. 103.

tych rozważań jest wewnątrzunijna dyskusja na temat dobrego rządzenia przez organy UE oraz na temat dobrego administrowania. Reprezentatywnym przykładem jest zagadnienie tzw. *judicial governance*, czyli ocena sądu jako dobrze lub źle rządzonego, która obejmuje ocenę administrowania sądami i tzw. rządności w zakresie orzekania¹⁰.

Innymi słowy, tendencją współczesnego systemu prawa jest jego sieciowe uporządkowanie, obejmujące monocentryczną budowę w odniesieniu do poszczególnych płaszczyzn czy „podsystemów”, co jest szczególnie widoczne w relacji prawo unijne – prawo państwa członkowskiego. W tym znaczeniu systemy te są komplementarne, współegzystują, wzajemnie się uzupełniają i w konsekwencji tworząc złożony układ, odznaczający się zarazem hierarchiczną spójnością.

Należy zauważyć, iż choć zjawisko multicentryzmu samo w sobie nie determinuje kolizji norm, to niewątpliwie ryzyko takich kolizji w układzie multicentrycznym jest większe niż w układzie monocentrycznym¹¹. Chodzi tutaj nade wszystko o aspekt stosowania prawa, który wiąże się ze sporami kompetencyjnymi, czyli o wzajemną rywalizację wielu centrów decyzyjnych występujących na wyróżnionych powyżej płaszczyznach. Multicentryczność wymaga bowiem zaakceptowania faktu, że organy zewnętrzne względem krajowych mogą w sposób wiążący podejmować skuteczne decyzje dotyczące stosowania i interpretowania prawa na terenie danego kraju. Innymi słowy, w związku z procesem integracji europejskiej w wymiarze prawnym chociaż mamy do czynienia z jednym porządkiem prawnym określonego państwa członkowskiego, to jednak ma on charakter multicentryczny w tym sensie, iż w jego ramach dochodzi do podziału kompetencji *quoad usum* między organy krajowe i unijne¹².

Z multicentrycznością systemu prawa wiążą się więc rzeczywiste zagadnienia kolizyjne, rodzące się na płaszczyźnie *harmonijnego* funkcjonowania *quoad usum* obu podsystemów (krajowego i europejskiego) tworzących przecież jedną *przestrzeń prawną*. Zachodzące zmiany

¹⁰ Zob. szerzej na ten temat Marek Zirk-Sadowski, „Interpretation of law and judges communities”, w: Karolina M. Cern, Piotr W. Juchacz, Bartosz Wojciechowski (eds.), *Whose Reasons or Reason Speaks through Constitution?*, *International Journal for the Semiotics of Law*, Vol. 25 (2012), No 4, s. 473-487.

¹¹ W. Lang, „Wokół problemu...”, op. cit., s. 97; A. Kustra, „Wokół problemu...”, op. cit., s. 91.

¹² Ewa Łętowska, „Multicentryczność współczesnego systemu prawa...”, op. cit., s. 6 n.

w szczególny sposób wpływają przede wszystkim na stosowanie prawa przez sądy, a jak się okazuje, tutaj rodzą się największe problemy. Trudności wynikają stąd, że wobec zobowiązania sędziego krajowego do stosowania prawa krajowego, unijnego oraz międzynarodowego, to znaczy standardów, zasad i reguł krajowych, ponadpaństwowych oraz międzynarodowych powinien on posiadać umiejętność identyfikowania słusznych/właściwych elementów systemu prawa koniecznych do rozstrzygnięcia danej sprawy. Powinien umieć rozstrzygnąć konflikt między wchodzącymi w kolizję zasadami bądź standardami. Niewątpliwie komplikują to niejasne, sporne i „wrażliwe” politycznie więzi i zależności między prawem krajowym a unijnym, spory natury kompetencyjnej między sądami krajowymi a europejskimi, które stwarzają wrażenie „chaosu jurysdykcyjnego”¹³.

Systematyczną refleksję nad współczesnym prawem, nad procesami jego tworzenia i stosowania, zapewnieniem pewności i bezpieczeństwa prawnego, jego celowości i sprawiedliwości komplikuje dodatkowo założenie o jego zakorzenieniu kulturowym. Pojęcie kultury prawnej rodzi bowiem rozliczne problemy metodologiczno-badawcze. Współczesna refleksja naukowa nad prawem, a zwłaszcza antropologia prawnicza, komparatystyka i socjologia prawa zajmują się w dużej mierze konfrontowaniem sfer kulturowych różnych wspólnot prawnych, samych społeczeństw, traktowanych jako zespół instytucji realizowanych w procesach socjalizacji, by wreszcie porównywać *humanum* występujące w odmiennych systemach kulturowych i w dodatku w różnych epokach. Wynika to z ogólnie przyjętego przekonania, że każdy porządek prawny znajduje swój ontologiczny i funkcjonalny początek w kulturze. Dlatego też analiza prawa nie jest wolna od analiz kultury, w której ono funkcjonuje albo będzie funkcjonować. Pojawia się zatem kolejne pytanie dotyczące tego, co rozumie się pod pojęciem kultury.

Niestety jest to – jak pokazują w szczególności badania antropologiczne – zadanie trudne i pełne niekończących się sporów¹⁴. Maria

¹³ Andrzej Wróbel, „Globalna wspólnota sądów?”, *Europejski Przegląd Sądowy* 2006, nr 3, s. 1.

¹⁴ Zob. m.in. A. Kroeber, Clyde Kluckhohn, „Culture: A Critical Review of Concepts and Definitions”, *Peabody Museum of American Archeology and Ethnology Papers*, 1952, vol. 47, nr 1; Chris Jenks, *Kultura*, Wydawnictwo Zysk, Poznań 1999, s. 19 i n.; Antonina Kłosowska, „Kultura”, w: *Encyklopedia Socjologii*, t. 2, Warszawa 1999, s. 100.

Borucka-Arctowa wskazuje, że *dla refleksji nad prawem* najbardziej przekonująca i przydatna jest normatywna koncepcja kultury, w nawiązaniu do której kulturę prawną możemy określić jako:

całokształt normatywnych wzorów zachowania i wartości związanych z tymi normami, społecznie zaakceptowanych, wyuczonych (czy też raczej przejętych w drodze interakcji i wzajemnych kontaktów pomiędzy osobami i grupami osób), przekazywanych za pomocą symboli znaczeniowych bądź w obrębie jednego pokolenia (diachronicznie), bądź z pokolenia na pokolenie (synchronicznie), a więc gdy przekazywanie to ma cechy pewnej trwałości¹⁵.

To normatywne ujęcie kultury pozwala na dość czytelne wydobywanie szczególnego znaczenia kultury konstytucyjnej wobec dość problematycznej współcześnie kategorii tożsamości narodowej. Otóż kultura konstytucyjna

pośredniczy pomiędzy uniwersalnymi normami a partykularnymi kontekstami. Można nawet powiedzieć, że sama kultura konstytucyjna jest ukształtowana poprzez, jak można to zobrazować, cyrkularny proces, w którym konstytucja, kultura konstytucyjna i w bardziej ogólnym znaczeniu kulturowe (włączając narodowe) samorozumienie oddziałują na siebie nawzajem, a najlepiej, wzmacniają się¹⁶.

Z uwagi na współczesne badania nad pojęciami narodu tudzież różnego rodzaju form nacjonalizmów coraz bardziej ujawnia się i zaczyna być powszechnie uznawana w środowiskach naukowych historyczno-kulturowa teza o konstruowaniu tych pojęć, nade wszystko w medium oświeceniowej refleksji humanistyczno-społecznej, z której silnym oddziaływaniem do dzisiaj możemy się spotkać. Dlatego też mówienie o tożsamości narodowej i poczuciu wspólnoty ze strukturami ponadnarodowymi (takimi jak Unia Europejska) czy międzynarodowymi jest nie tylko badawczo niezwykle skomplikowane, lecz przede wszystkim

¹⁵ Maria Borucka-Arctowa, „Kultura prawna na tle myśli filozoficznej i społecznej o kulturze”, *Studia Prawnicze* 2002, z. 1, s. 14. Z kolei Roman Tokarczyk o wyodrębnianiu kultury prawnej wypowiada się w następujący sposób: „Każda ze znanych jednostek prawa – norma, instytucja, gałąź, system, rodzina, tradycja, typ, kultura – zawiera treści kulturotwórcze i z kultury się wywodzi. (...) Pewne jednostki prawa ukazują owe treści w kulturowych retrospektywach (np. rodzina, tradycja, typ), inne zaś w kulturowych perspektywach (np. norma, instytucja, gałąź, system). Kategoria kultury prawnej łączy obie te perspektywy, osadzając prawo wśród innych składników kultury (...)”. Idem, *Współczesne kultury prawne*, Warszawa 2008, s. 87.

¹⁶ Jan-Werner Müller, „A European Constitutional Patriotism? The Case Restated”, *European Law Journal*, 14 (5), 2008, s. 542-557; tutaj s. 548.

społecznie drażliwe. Zgodnie z art. 4 ust. 2 zd. 1 obowiązującego obecnie Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) „Unia szanuje [...] tożsamość narodową (państw członkowskich), nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi [...]”¹⁷. Wszelako w aspekcie prawa unijnego tożsamość narodowa obejmuje nade wszystko tożsamość konstytucyjną państwa członkowskiego, której to zachowanie stanowi obowiązek Unii Europejskiej, choć w rezultacie tej gwarancji państwo członkowskie może żądać ochrony własnej tożsamości narodowej. Natomiast wymagane zachowanie tożsamości konstytucyjnej państwa członkowskiego może stanowić słuszny interes, mogący stanowić podstawę do ograniczenia obowiązków nałożonych prawem unijnym¹⁸.

Tym samym pojęcie tożsamości narodowej obejmuje nie tylko specyfikę kulturową, język, obyczaj czy religię, lecz także tożsamość państwową, przejawiającą się w zachowaniu podstawowych instytucji oraz funkcji państwowych warunkujących istnienie państwa jako odrębnego bytu politycznego. Ponadto *sensu largo* tożsamość narodowa to także wymóg uwzględniania ciągłości egzystencji państw członkowskich jako suwerennych podmiotów, poszanowanie kultur naukowych, norm prawa rodzinnego, języków, sposobów zapewniania dostępu do państwowego zabezpieczenia społecznego czy zasad ustroju społeczno-gospodarczego państwa¹⁹.

Wszystkie wspomniane zjawiska komplikują nam zrozumienie, czym jest dzisiaj poczucie wspólnej (europejskiej) kultury prawnej uwzględniającej poczucie tożsamości narodowej, a ściślej tożsamości konstytucyjnej. I tutaj pojawia się doniosła rola Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Nie jest możliwe z uwagi na ograniczenia i tematykę niniejszego tekstu całościowe omówienie jego orzecznictwa. Pragniemy jedynie zwrócić uwagę na jeden z bardziej charakterystycznych wyroków Trybunału Sprawiedliwości, a mianowicie orzeczenie z dnia 19 stycznia 2010 roku wydane w sprawie C-555/07 *Seda*

¹⁷ Wersja skonsolidowana Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 83 z 30 marca 2010 r.).

¹⁸ Por. opinia rzecznika generalnego Miguela P. Maduro przedstawiona 8 października 2008 r. w sprawie C 213/07, *Michaniki*, Z. Orz. 2008, s. I-9999, pkt. 31-33.

¹⁹ Por. Jan-Herman Reestman, „The Franco-German Constitutional Divide. Reflections on National and Constitutional Identity”, *European Constitutional Law Review*, 5 (3), 2009, s. 376.

Kücükdeveci v. Swedex GmbH&Co. KG, które dotyczyło zakazu dyskryminacji ze względu na wiek. Wyrok w tej sprawie jest szczególnie interesujący dla analizy poglądów Trybunału Sprawiedliwości na kwestię bezpośredniego skutku dyrektyw unijnych. Tym, co jest w nim wyjątkowe, to uznanie przez TSUE, że jeśli chodzi o zasadę niedyskryminacji, to jej źródła *nie* stanowi dyrektywa 2000/78/WE²⁰. Trybunał zauważył mianowicie, że należy ona do *zasad ogólnych* UE i tym samym stanowi kategorię należącą nie do prawa pochodnego (np. akty prawne UE, takie jak rozporządzenia czy dyrektywy; zawierane przez unię umowy międzynarodowe etc.) a pierwotnego, czyli do prawa tworzonego poprzez traktaty założycielskie (lub traktaty je nowelizujące), ogólne zasady prawa tudzież – co nie mniej istotne – prawo zwyczajowe.

Z punktu widzenia naszych zainteresowań najbardziej interesująca jest implikacja powyższego orzeczenia otwierająca możliwość bardzo szeroko rozumianego odwołania się do źródeł „niepisanych” i „poza-unijnych” w sensie szerszego odniesienia niż tylko do prawa unijnego w rzeczy samej. Zauważmy wszak, iż zasadę zakazującą dyskryminacji ze względu na wiek uznano za *zasadę ogólną* prawa unijnego, która ma mieć swoje źródło we *wspólnych tradycjach konstytucyjnych* państw członkowskich i w wiążących je umowach międzynarodowych²¹. Trybunał: a) wskazując na „prądz źródła” zasady niedyskryminacji (czyli uznając, iż takowe istnieją), b) które nadto można odnaleźć w pozaunijnym prawie międzynarodowym publicznym (jego zasadach i Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka oraz tradycjach konstytucyjnych państw członkowskich), c) uznał tym samym, że zasada niedyskryminacji „przenika” z wymienionych porządków do prawa Unii Europejskiej, która stanowi przecież część *międzynarodowej* wspólnoty prawnej. TSUE dokonał zatem szerokiego otwarcia źródeł prawa unijnego na odesłania aksjo-normatywne. Dwie kwestie wysuwają się zatem na pierwszy plan.

Po pierwsze, bowiem uznać można, iż orzekanie z wykorzystaniem *zasad ogólnych* zostało przedstawione przez TSUE jako szczególnie

²⁰ Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE L 303 z 27. 11. 2000 r., s. 16) uchwalona na podstawie ówczesnego art. 13 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, który w ust. 1 ustanowił podstawę prawną dla przyjęcia przez Radę UE „środków niezbędnych w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną”.

²¹ Motyw 21 uzasadnienia wyroku w sprawie *Kücükdeveci*.

legitymizowana droga czyniąca zadość principium praworządności (*the rule of law*) stosowanego prawa unijnego, albowiem u jego podstaw ma – w zamyśle Trybunału – spoczywać normatywna jedność, a w jej obrębie *zharmonizowany pluralizm aksjologiczny* prawa UE z prawem międzynarodowym i prawem państw członkowskich. Normatywną jedność należy więc tutaj rozumieć jako deontologicznie rozumiane *ciężary zaporowe* dla pluralizmu wartości w tym sensie zharmonizowanych, że nie przekraczających nigdy owych ciężarów zaporowych²².

Po drugie, chodzi tutaj również o prawowitość prawa unijnego, to znaczy o to, że możliwość uzasadniania powszechnych norm oraz rozdzielanych wartości i podawania racji na ich rzecz ma fundamentalne znaczenie zarówno dla refleksyjnego kształtowania historycznie wykształconych tożsamości narodowych, ale także dla obecnie wspólnie konstruowanej tożsamości wspólnotowej euroobywateli. Tutaj principium demokracji wysuwa się na plan pierwszy. Uzasadnienia mają za zadanie kształtowanie obszaru działań normatywnych, które choć są projektowane przez, z jednej strony, suwerennych ustawodawców (rozumianych jako instytucje polityczno-prawne państw członkowskich), z drugiej zaś przez instytucje Unii Europejskiej, to w obszarze wzajemnie akceptowalnych roszczeń i uzasadnień za każdym razem napotykają euroobywateli jako elementarny i zarazem najważniejszy czynnik legitymujący ich decyzje. Bez wskazania tych racji, ani też bez trójstronnie aprobowanych uzasadnień, przestrzeganie prawa nie może w pełni opierać się na szacunku wynikającym z uznania go za godne tego szacunku, a autorytet prawa może być jedynie autorytetem sankcji i przymusu (siły). Racje te zaś mogą zostać odtworzone (zrekonstruowane) tylko w refleksyjnym nastawieniu do tradycji, w szczególności do tradycji kultury prawnej rozumianej jako kultura konstytucyjna osadzona w publicznej kulturze politycznej (czyli w kulturze publicznych uzasadnień właśnie).

Autorzy niniejszego artykułu uważają, iż orzeczenie TSUE w sprawie C-555/07 *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH&Co. KG* stwarza realną szansę podjęcia szeroko ostatnio dyskutowanego projektu na gruncie nauk społecznych, mianowicie projektu samokonstytucjonalizacji

²² Na temat „ciężarów zaporowych” oraz pojęcia moralności politycznej por. Karolina M. Cern, *Jürgena Habermasa koncepcja sfery publicznej – komunikacyjne kształtowanie opinii oraz woli obywateli, czyli idea samokonstytucjonalizacji*, w: Piotr Orlik, Krzysztof Przybyszewski (red.), *Filozofia a sfera publiczna*, Wydawnictwo Naukowe Instytutu Filozofii UAM, Poznań 2012.

zacji Europy. Szansę tę można zrozumieć w sensie wąskim jako zadanie instytucjonalne, angażujące tzw. silne sfery publiczne (*strong public spheres*) UE, czyli zarówno unijne, jak i krajowe instytucje polityczno-prawne. Jednakże, naszym zdaniem, istnieje również szansa szczególnie doniosła, mianowicie możliwość podjęcia kwestii źródeł prawa unijnego przez szerokie sfery publiczne (*weak / general public spheres*) UE. Druga z wymienionych opcji mogłaby wytworzyć rzeczywistą prawowitość prawa unijnego implikującą jego silną funkcję integrującą euroobywateli. Innymi słowy, orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości interpretujemy jako wyraz instytucjonalnego uznania powszechnie wyrażanej przez badaczy tezy o demokratycznym deficycie Unii Europejskiej a zarazem też jako próbę czy inicjatywę stworzenia – tej instytucjonalnej, przynajmniej – szansy jego rekompensaty. Podkreślić jednakże trzeba, że to czy owa szansa zostanie podjęta również na szeroką skalę zależy nie tylko od decydentów i mediów, lecz również od samych obywateli, gdyż „prawne instytucje wolności upadają bez inicjatyw społeczeństwa *nawykłego* do wolności”²³.

Naszym zadaniem jest filozoficzno-prawne wyklarowanie tej możliwości i wskazanie jej podstaw oraz zakresu w sferze publicznej kultury politycznej ze szczególnym odniesieniem do kultury konstytucyjnej. Zmiany w głębokim wymiarze instytucjonalno-prawnym wymagają wszak głębokich zmian kulturowych, a ich medium stanowić może tylko i wyłącznie demokratyczna przestrzeń cywilna, tj. krytyczno-refleksyjne nastawienie samych obywateli podejmujących poważne wyzwanie bycia nie tylko adresatami prawa, ale także jego twórcami. Jednakże, aby podolać temu ambitnemu i unikalnemu jak dotąd na skalę światową zadaniu, potrzebna jest szczególnego rodzaju edukacja obywatelska wydobywająca i wzmacniająca *moralno-demokratyczne*, tj. *dyskursywne* kompetencje każdego obywatela Unii Europejskiej.

CZĘŚĆ II

Zdaniem Aulisa Aarnio, który poszukuje odpowiedzi na pytanie o naszą wspólną tożsamość, to znaczy tożsamość nas, współczesnych Europejczyków, pojęcie to charakteryzuje istotowa, to jest nieusuwalna z tego

²³ Jürgen Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, tłum. A. Romaniuk, R. Marzałek, Scholar, Warszawa 2005, s. 146.

pojęcia, problematyczność²⁴. To ona nade wszystko wymaga zrozumienia, które, jego zdaniem, odsyła nas do pytania o naszą tożsamość w przeszłości.

Odpowiedź na to pytanie nie może zostać odnaleziona w przyszłości, możliwe, iż nawet nie w teraźniejszości, która na wiele różnych sposobów jest nieprzenikniona. Odgrywa ona ważną rolę w poszukiwaniu tożsamości, zabarwionej samorozumieniem, które spoczywa [jednak] na solidnych fundamentach historii, w moim przypadku, historii Europy²⁵.

Poszukiwanie tego, co wspólne w historii ma sens i może być owocne wtedy, gdy myślimy i wierzymy, iż można przerzucić kładkę (przy czym nie zawsze jest przepaść) pomiędzy odmiennymi kulturami (prawnymi) – tylko lub przede wszystkim – na bazie wspólnej tradycji, dla zrozumienia której podstawowym punktem odniesienia jest, zdaniem Aarnio, przeszłość, to jest historia Europy.

Kultura prawna, w ujęciu fińskiego filozofa prawa, stanowiłaby niewątpliwie spoiwo dla wspólnej wizji normatywnego świata, w którym istniałby „twardy rdzeń” aksjologiczny, wyrażający przywołane powyżej samorozumienie w katalogu niezbywalnych praw (praw człowieka) jako element bądź to tekstu prawa, bądź orzecznictwa sądowego i decyzji organów administracji publicznej, ale także potocznego myślenia adresatów prawa uczestniczących w tej kulturze, myślenia przez pryzmat tego katalogu. Tak znowu rozumiana kultura prawna implikuje wszelako specyficzną kulturę publiczną, to jest taką, w której polityczna zgoda wyrastałaby z aksjologicznego, kulturowego – w szerszym rozumieniu – dość jednorodnego zaplecza, a nie dopiero z procedur na tyle abstrakcyjnych, aby czynić zadość powszechnym prawom stanowiącym ciężary zaporowe dla zharmonizowanego pluralizmu aksjologicznego i integrować obywateli nie na drodze socjalizacji kulturowej, lecz poprzez praktykę współkonstituowania rzeczywistości polityczno-prawnej.

W dyskusji nad wspólną kulturą prawnopolityczną Europejczyków można przyjąć jednak również inne stanowisko. Naszym zdaniem, odpowiedź na pytanie o wspólny rdzeń tożsamości narodowej i europejskiej zarazem może być udzielona tylko z perspektywy najgłębszych

²⁴Aulis Aarnio, *Who are we? On Social, Cultural and Legal Identity*, w: Tomasz Gizbert-Studnicki, Jerzy Stelmach (eds.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity*, Oficyna Wolters Kluwer Business, Warszawa 2007, s. 134.

²⁵Ibid., s. 146.

pokładów filozoficznego samorozumienia charakteryzującego europejską kulturę oraz jej integracyjny rdzeń, jakim jest kultura prawna, *resp.* konstytucyjna, a to znaczy – z perspektywy *przyszłości*. Nie zapominajmy, iż wysoki potencjał racjonalizatorski kultura zachodnia zawdzięcza – zdaniem Jürgena Habermasa podążającego tropem rozważań Maxa Webera – aktywnemu nastawieniu wobec świata, którego obecną postać nieustannie na jej gruncie się neguje²⁶. Co więcej, jak zauważa Mark van Hoecke, obierając inny niż Arnio kierunek poszukiwania odpowiedzi na pytanie o europejską kulturę prawną i europejską tożsamość, chociaż

kultury prawne są ogólnie wsparte na długotrwałych tradycjach, a nawet dążą do tego, by tradycji nie zmieniać tak długo, jak to jest możliwe, [...] w prawie pojawiły się ostatnio kultury [prawne], którym takowej tradycji brakuje. To jest, dla przykładu, przypadek prawa Unii Europejskiej i Europejskich Praw Człowieka²⁷.

Innymi słowy, można wskazać takie porządki prawa Unii Europejskiej (rozumiane jako systemy działań), które są na tyle „nowym zjawiskiem prawnym”, iż możliwość refleksyjnej rekonstrukcji leżących u ich podstaw racji je legitymizujących (wiedzy przynależącej właśnie do kultury prawnej) przy pomocy odwołania się do tradycji rozumianej jako szacowna historia, może być zadaniem na tyle karkołomnym oraz budzącym rozliczne kontrowersje na gruncie poszczególnych kultur państw członkowskich UE, że jego realizacja obróci wniwecz szczytną ideę, która mu przyświeca, doprowadzając do niepożądanych konfliktów na drodze poszukiwań wspólnej kultury prawnej Unii Europejskiej. A to dlatego, że pewnym współczesnym elementom prawa unijnego tradycji po prostu brak.

Druga ważna konstatacja van Hoecke jest taka, iż mamy obecnie do czynienia „raczej z napięciem pomiędzy dawnymi a nowymi ideami niż pomiędzy różnymi tradycjami”²⁸. Tym, co wymaga zrozumienia – i na tym gruncie wewnętrznego pogodzenia – jest napięcie pomiędzy tym, co minione i spowite w godną szacunku tradycję, a tym, co współczesne i skierowane w stronę przyszłości, z którą zarówno pojedynczy

²⁶ J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 1, przeł. A. M. Kaniowski, PWN, Warszawa 1999, w szczególności s. 325-369.

²⁷ Mark Van Hoecke, *European legal Cultures in a Context of Globalization*, w: T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach (eds.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century...*, op. cit., s. 83.

²⁸ Ibid., s. 95.

ludzie, jak i narody wiążą głębokie nadzieje, iż przyniesie możliwość wyboru takiego życia, o które współcześnie warto im zabiegać. Problemem do refleksyjnego przemyślenia jest więc nie tyle – czy może nie *tylko* – odnalezienie wspólnych elementów „różnorodnej oraz nowo rozkwitłej” rzeczywistości prawnej, tak aby dzięki owemu wspólnemu korzeniowi tradycji można było odnaleźć podstawy ją legitymizujące a także nadające jej pewną racjonalną postać, ile raczej wykazanie, iż w ogóle taki korzeń uzasadnień dla nowo rozkwitłego drzewa prawa unijnego można odnaleźć i że jest on w stanie legitymizacyjnie udźwignąć liczne nowe idee i porządki prawne, stanowiąc dlań źródło prawno-publicznego uzasadnienia. Podkreślić przy tym trzeba, iż nie stawiamy tutaj pytania-zagadki o jak najbardziej wyrafinowane uzasadnienie normy ogólnej, z której wynikać mogą dowolne normy niższego rzędu, lecz raczej o sprawę poważną i prawdopodobnie wymagającą mozolnego udzielania odpowiedzi, to znaczy pogodzenia rządów prawa w ramach multicentrycznego – a więc refleksyjnego systemu prawa – z rządami euroobywateli zogniskowanymi wokół różnorodnych sfer publicznych, pośród których dominują – z perspektywy zagadnień związanych z prawowitością prawa unijnego: niestety – sfery krajowe.

Z zarysowywanej tutaj perspektywy o wiele bardziej owocnym i potrzebnym wydaje się więc opracowywanie, przedyskutowywanie i argumentacyjne konstruowanie idei przyszłej wspólnej Europy, jej konstytucyjnego samookreślenia, a tym samym wytwarzanie podzielanej przez Europejczyków kultury prawnej i zwrotnie, tj. poprzez zwiększoną partycypację cywilną, również tożsamości, niż po prostu kierowanie się w stronę przeszłości czy też – a oby nie – i zaszłości, które przecież w ciągu wielowiekowej wspólnej historii bywały konflikto-genne. Nie myślimy tutaj jednak o żadnych redukcjonistycznych, rewizjonistycznych ani też nie o rewolucyjnych posunięciach. Zdecydowanie mówimy NIE dla 3 x R. Opracowywanie idei wspólnej przyszłej Europy, idei, która przecież miałaby kierować naszym konstruowaniem również społecznego świata, w sposób nieunikniony implikuje posługiwanie się językiem zakorzenionym w pojęciach historycznie i kulturowo określonych, we wzorcach i tradycjach kulturowych w szerokim sensie tego pojęcia. Co więcej, zwrócone w stronę przyszłości opracowywanie idei wspólnej Europy oznacza też zawsze, w pewnym stopniu, odniesienie do przeszłości, wszelako nie jako do *dogmatycz-*

nego autorytetu czy „monumentalnej budowli”, lecz raczej jako do solidnego materiału do refleksji krytycznej, zwróconej jednak w przyszłość.

Refleksja nad tradycją powinna zatem, naszym zdaniem, odgrywać dla tych procesów konstruowania przyszłości ważną i w szczególnym sensie *emancypacyjną* rolę. W kontekście analizowanej tutaj problematyki doniosłe są uwagi Johna Stuarta Milla i choć poczynione przeszło 150 lat temu wydają się być nadal – a może właśnie dopiero – aktualne niczym nowo powstałe drogowskazy.

Lecz przywilejem i właściwością człowieka dojrzałego jest wyzyskiwanie i tłumaczenie obcego doświadczenia na swój własny sposób. [...] Tradycje i zwyczaje innych ludzi są do pewnego stopnia dowodem, czego *ich* doświadczenie nauczyło i jako przypuszczalny dowód mają prawo do jego szacunku; lecz po pierwsze, doświadczenie ich może być zbyt ograniczone lub niewłaściwie tłumaczone, a po drugie ich tłumaczenie doświadczenia może być właściwe, lecz nieodpowiednie dla niego. [...] Po trzecie, choćby zwyczaje były dobre i dla niego odpowiednie, jednak stosowanie się do zwyczaju po prostu dlatego, że jest zwyczajem, nie kształci ani nie rozwija w nim żadnej z przyrodzonych zalet człowieka. Ludzka zdolność, postrzegania, sądzenia, rozróżniania i odczuwania, działalność umysłowa, a nawet skłonności moralne doskonałą się tylko przy dokonywaniu wyboru. [...] Władze umysłowe i moralne, podobnie jak siły fizyczne, rozwijają się tylko dzięki ich używaniu. [...] Jeśli kto przyjmuje jakąś opinię, choć jej uzasadnienie nie wydaje mu się przekonujące, nie wzmacnia swego rozumu, lecz go osłabia [...] ²⁹.

Mill wskazuje na przynajmniej trzy racje, dla których *człowiek dojrzały*, to znaczy człowiek samodzielnie myślący, powinien refleksyjnie odnosić się do tradycji. Przy czym pojęcie refleksyjności oznacza dlań w przywołanym eseju *O wolności* poszukiwanie w przestrzeni publicznej racji uzasadniających ³⁰ dla obowiązujących reguł prawnych czy społecznych tudzież norm moralnych. Pojęcie tradycji odwołuje się zaś zarówno do pewnych doświadczeń jako źródła wiedzy, jak i nieodłącznie do refleksji nad nimi. Zdaniem Milla, nie można mówić o tradycji, jako podstawie wiedzy o nas samych, jeśli nie będziemy dokonywać interpretacji jej sensu oraz znaczenia konstytuujących ją doświadczeń, uwzględniając perspektywę coraz to innych doświadczeń czy to synchronicznie, czy diachronicznie rozumianych. Interpretacja tradycji – w sposób istotny opartej na doświadczeniu – jest tym samym z ko-

²⁹ John Stuart Mill, *O wolności*, przeł. A. Kurlandzka, PWN, Warszawa 2006, s. 158.

³⁰ Ibid., s. 98.

nieczności nieustannie otwarta na przyszłe procesy jej refleksyjnej interpretacji, krytycznego przyswajania. I tak rozumiana *tradycja otwierająca przyszłość*, jak podkreśla Mill, zasługuje na szacunek.

Dlatego też powiada on, po pierwsze, iż stanowiące zacytn tradycji „doświadczenie może być ograniczone lub niewłaściwie tłumaczone”. Stwierdzenie to wskazuje na konieczność uświadomienia sobie przypadkowości (tj. braku historycznej konieczności) doświadczeń tworzących wszelkie tradycje. Implikacją jest więc możliwość (niemalże nieunikniona) pewnej jednostronności czy partykularności – a więc właśnie ograniczenia – w doświadczaniu pewnych zjawisk. W tym sensie można też mówić o pewnej dozie nieusuwalnej arbitralności zawartej zarówno w procesach refleksji nad historią, które w sposób nieunikniony są skazane na ograniczony materiał, jak również w procesach konstruowania kolektywnego samorozumienia a ufundowanych na (zbiorowych) emocjach oraz na potrzebach wyrastających z przypadkowych konstelacji historycznych. Odpowiednio do tego „niewłaściwe” tłumaczenie doświadczeń współfundujących tradycję pewnej społeczności może również wynikać z braku odpowiednio bogatego spectrum doświadczeń stanowiących materiał interpretacyjny (w sensie wspomnianego ograniczonego doświadczenia), ale przede wszystkim, przyjmując założenie, że odpowiednie spectrum doświadczeń stanowi bogaty i różnorodny materiał interpretacyjny, wskazuje na niewłaściwe ich zinterpretowanie.

Z kolei niewłaściwość tłumaczenia doświadczeń stanowiących przyczynę tradycji może wynikać z wielu przyczyn, z uwagi na krzyżujące się czynniki instytucjonalno-społeczno-metodologiczne. Z racji rozmiaru niniejszej pracy nie jesteśmy w stanie ani przeanalizować ich wszystkich, ani, tym bardziej, uczynić tego dostatecznie rzetelnie. Dlatego zdając się na refleksję krytyczną Czytelników wskazujemy te najważniejsze, naszym zdaniem, możliwości niewłaściwego tłumaczenia tradycji.

A) Tendencyjność wynikająca z silnie zsojalizowanych w społeczeństwie praktyk (wzorców) interpretacyjnych minionych doświadczeń konstytuującą tym samym refleksyjną niezmienność i stabilność samorozumienia oraz tradycji danej wspólnoty społeczno-politycznej. Zamyśl artykułu nie pozwala nam na systematyczne przeanalizowanie wszystkich możliwych przesłanek takiego zjawiska, zatem wskażemy te najbardziej oczywiste. Owa tendencyjność interpretacyjna może być odpowiedzią na zagrożenie zewnętrzne (jak zabór państwa

przez jego sąsiadów lub też ataki terrorystyczne) lub zagrożenie wewnętrzne (ze strony nieprawowitej władzy – dajmy na to, despotycznej) a jak wiemy z socjologii, identyfikacja wroga silnie integruje społeczeństwo (prawo Simmla-Cosera). Tendencyjność ta może też być rozumiana jako próba akulturacji ze strony dzierżących władzę i/lub posiadających siłę społeczną czy polityczną, a wtedy użyta przez nich społeczna oraz instytucjonalna siła ma na celu wytworzenie oddolnych mechanizmów akceptacji władzy, czyli „inżynieryjnej” implementacji jej uzasadnień. Wszelako może też być odwrotnie i tendencyjność w interpretowaniu minionych doświadczeń może funkcjonować jako mechanizm generowania siły ze strony tych, którzy właśnie walczą o (większe) społeczne uznanie. Krótko mówiąc, omawiana tendencyjność może być formą tak obrony, jak i „ataku” kulturowego, społecznego czy politycznego.

B) Niewłaściwość może wynikać też z zawężonej czy wręcz niskiej świadomości metodologicznej, która do swego nieustannego rozwoju potrzebuje otwartego dostępu do niezależnego świata wiedzy, *resp.* świata badaczy. Wszelkie ideologiczne ingerencje w (normatywnie) niezależny świat nauki generują w pewien sposób zależne od nich wyniki badań. Również polityczno-gospodarcze, całkiem nam współczesne i dość powszechne przepisy na efektywne uprawianie nauki nie są normatywnie „niewinne”³¹.

Wszelako tradycja nie jest kształtowana tylko, ani nawet nie głównie, przez naukowców, lecz przez obywateli. Rodzi się pytanie o otwartość i niezależność opinii publicznej, swobodę wymiany poglądów przez obywateli, o ideologiczną niezależność mediów etc. Innymi słowy, chodzi tutaj o struktury komunikacyjne umożliwiające przede wszystkim swobodną wymianę myśli na jak największą skalę, jak i możliwość pogłębionej, rzetelnej i systematycznej refleksji.

C) „Niewłaściwe tłumaczenie” tradycji może również wynikać ze skomplikowanej natury doświadczeń historyczno-politycznych określonej wspólnoty, które związane są z instytucjonalnym „przekłamywaniem” znaczenia i sensu określonych doświadczeń. Wszak fikcja może okazać się pewnego dnia elementem tradycji, tak jak fikcją może okazać się pewnego dnia twierdzenie, że coś jest elementem tradycji –

³¹ Johan P. Olsen, *Governing Through Institution Building. Institutional Theory and Recent European Experiments in Democratic Organization*, Oxford University Press, Oxford 2010, s. 168 oraz s. 192.

tak szacownej, że nikomu nie przyszło do głowy zapytać, dlaczego to właśnie.

Po drugie, Mill zauważa, że choć „tłumaczenie doświadczenia może być właściwe, lecz [nadal okazywać się] nieodpowiednie” dla danego dojrzałego człowieka. Tutaj na plan pierwszy wydaje się znowu wysuwać charakteryzujący wszelkie doświadczenia, jako doświadczenia właśnie, ich partykularyzm, biorący się z nieuniknionego ograniczenia wiedzy (tu: tradycji) opartej na zawsze przypadkowym materiale doświadczeń. Tym razem chodzi przede wszystkim o kwestie metodologiczno-epistemologiczne, a mianowicie o wpisane w ludzkie poznanie określone ograniczenia choćby czasowe czy przestrzenne, a także o skorelowane z nimi konstruowanie świata. Wszak nieustannie zachodzą zmiany społeczne, kulturowe czy polityczne, w efekcie których sama wspólnota polityczna się zmienia i to nie tylko dlatego, że zmieniają się siłą rzeczy tworzące je indywidua, ile raczej dlatego, że następne pokolenia są już – z uwagi na owe zachodzące zmiany – inne; mają inne wykształcenie, inną wiedzę o świecie, czasami też przybywają z różnych stron świata (w wyniku procesów migracyjnych rozmaitego zasięgu); prawnopolityczne ramy, w których przyszło im żyć nie pozostają też bez znaczenia dla kształtowania się świadomości tego, co tradycję tworzy; wreszcie i przestrzenne ramy wspólnoty też mogą ulegać zmianie.

Poznanie świata, które zawsze oznacza również refleksję nad tradycją, jest tym bardziej rzetelne i obiektywne, im bardziej jest oparte na komunikacyjnych strukturach inkluzywnych w wymiarze tak czasowym (wobec minionych, obecnych i przyszłych pokoleń, które mają prawo głosu, tj. do samodzielnej jej interpretacji), jak i przestrzennym (chodzi tutaj o głos innych, tych „z drugiej strony” naszych subiektywnych doświadczeń). Tradycja budowana w oparciu o takie struktury komunikacyjne – czyli inkluzywne – to, powtarzamy, *tradycja otwierająca przyszłość*.

Po trzecie wreszcie, Mill podkreśla znaczenie refleksji krytycznej, nakierowanej na uzasadnianie reguł i norm dla intelektualno-moralnego rozwoju każdego człowieka, co jest tutaj sprawą najwyższej wagi i zwrotnie ma znaczenie dla pojęcia samej tradycji. Zwyczaj mechanicznie powtarzany przestaje mieć charakter zwyczaju o doniosłym znaczeniu, gdyż zanika jego symboliczne zakorzenienie i staje się już co najwyżej konwencją, którą przy nadarzającej się okazji każdy jest skłonny odrzucić bez wahania, o ile stwierdzi, że jest ona nieefektyw-

na lub uniemożliwia efektywne realizowanie innych doniosłych lub po prostu dla niego znaczących zadań. Zwyczaje zaś refleksyjnie podtrzymywane, czyli takie, dla których we współczesnym zracjonalizowanym świecie poszukuje się doniosłych racji i uzasadnienia dla ich kontynuacji, które dopuszczają możliwość świadomej modyfikacji (korekty szczególnego, bo nieprzypadkowego rodzaju), mogą wbrew potocznym obawom umocnić tradycję i jej świadomość w danej grupie.

Innymi słowy, refleksyjne nastawienie do tradycji może wręcz ożywić zbiorową świadomość danej grupy, ukierunkować na wspólne poszukiwanie dających się zaakceptować przez wszystkich członków określonej grupy uzasadnień dla pewnych praktyk. Poszukiwanie również tych uzasadnień, które byłyby aprobowane przez wszystkich członków danej grupy a nadto otwarte czasowo i przestrzennie na racje innych jest procesem niejako filtrującym i podającym krytycznemu przeanalizowaniu przynajmniej trzy typy przekonań: przekonania moralne o definicyjnym dlań uniwersalistycznym charakterze roszczeń (związane z moralnym, tj. normatywnym samookreśleniem danej wspólnoty), przekonania etyczne, czyli doniosłe dla samorealizacji danej grupy i wspólnego odpowiadania sobie na pytanie o autentyczną formę życia oraz zwyczaje rozumiane jako liczne acz rozproszone sposoby koordynowania codziennych działań, które choć same w sobie nie są szczególnie doniosłe, to jednak ogromne znaczenie ma ich racjonalne okiełznanie, dzięki któremu świat jest przez ludzi odbierany jako zrozumiały, znany i przewidywalny, z uwagi na co właśnie mogą oni racjonalnie planować w tym świecie rozmaite swoje działania, realizując tym samym swe liczne interesy.

Okazuje się więc, iż zdaniem Milla, refleksja nad tradycją jest istotnym przyczynkiem do rozwijania w sobie krytycznego refleksyjnego nastawienia wobec otaczającej nas rzeczywistości i poszukiwania możliwych uzasadnień dla takiej a nie innej jego postaci. Takie krytyczno-refleksyjne nastawienie na poszukiwanie uzasadnień dla reguł i norm, którym mamy podlegać, stanowi podstawę możliwości rozróżniania rozmaitych typów roszczeń (moralnych, etycznych, pragmatycznych), które wysuwamy my sami bądź społeczeństwo pod naszym adresem i na tej dopiero podstawie ich aprobowania lub odrzucania. Mill wskazuje zatem na podstawowe elementy kompetencji moralno-demokratycznych, to jest aktywne nastawienie wobec zastanej rzeczywistości, gdzie pojęcie aktywności oznacza przede wszystkim krytyczne poszukiwanie, rozróżnianie, konstruowanie uzasadnień, na podstawie któ-

rych możliwa jest aprobatą (bądź jej brak) dla różnego rodzaju roszczeń, które różnią się między sobą tak zakresem, jak i siłą obowiązywania, a także na otwartość argumentacyjną, to znaczy, zarówno otwartość na roszczenia ważnościowe wysuwane przez innych, na ich swobodne artykułowanie, jak i na kooperatywne konstruowanie wspólnego świata, podczas którego to procesu znaczenie ma głos każdego.

Millowska wizja „człowieka dojrzałego” w dużym stopniu zdaje się odpowiadać współczesnym wymaganiom stawianym ze strony społeczeństw demokratycznych – ich obywatelom, którzy o ile chcą autonomicznie żyć, to muszą rozwijać swoje kompetencje moralno-demokratyczne. Dzięki nim refleksja nad tradycją może stać się rzeczywistym impulsem do refleksyjnego kształtowania solidarności społecznej zarówno na rzecz roszczeń uniwersalnych, zharmonizowanych pluralistycznych roszczeń partykularnych, jak i powszechnie uznawanych roszczeń indywidualnych.

CZĘŚĆ III

Zauważmy zatem, iż dopiero skierowanie się w stronę *przyszłości*, w której świat może być naszym wspólnym wytworem nieustannie uwalnianym od dotychczasowych nieuniknionych ograniczeń, mogłoby pozwolić kooperatywnie opracować takie rozumienie naszej *przeszłości*, iż jawiłaby się ona w kategoriach tego, co zawsze już ugruntowywało *możliwości* naszej egzystencji w społecznym *milieu*. Jak zauważa John McCormick, Europę od zarania jej dziejów charakteryzował specyficzny rodzaj wielokulturowości, choć może nie tej, która jest współcześnie szeroko dyskutowana, lecz raczej związanej z „nawykiem integrowania centralnych wartości oraz cech pochodzących od niemalże każdej nowej grupy, z którą jej [Europy] dominujące kultury wchodziły w kontakt”³². Zaowocował on we współczesnych nam czasach typowo europejskim kosmopolitycznym przekonaniem, iż problemów lokalnych czy regionalnych, jak te związane z Europą czy Unią Europejską, nie można prawomocnie rozwiązywać w całkowitym odezwaniu od roszczeń wysuwanych przez państwa czy instytucje bądź

³² John McCormick, *Europeanism*, Oxford University Press, Oxford-New York 2010, s. 169 n.; Patrizia Nanz, *Europolis. Constitutional patriotism beyond the nation-state*, Manchester University Press, Manchester 2006, s. 52.

organizacje międzynarodowe w kontekście zagadnień absorbujących resztę świata, choćby związanych z procesami globalizacji³³.

W tym momencie pojawia się pytanie dotyczące związku z jednej strony uwolnienia źródeł prawa unijnego przez Trybunał Sprawiedliwości UE, a z drugiej strony owego kosmopolitycznego nastawienia kultury europejskiej, o którym pisze McCormick. Odpowiedź na to pytanie może być udzielona z perspektywy najgłębszych pokładów filozoficznego samorozumienia charakteryzującego europejską kulturę. W tym celu powróćmy do „węzłowego” zagadnienia poszukiwania tego, co wspólne prawnej i politycznej kulturze europejskiej. Problem, któremu musimy stawić czoła, jest więc taki: czy zdecydujemy się szukać treściowego określenia wspólnych źródeł kultury prawnej w przeszłości, podejmując się archiwistycznego wysiłku odnajdywania wspólnych, tj. łączących nas, Europejczyków, prawnych umów, kulturalnych wydarzeń bądź politycznych międzynarodowych instytucji? Czy też odnajdziemy to – co przecież zgodnie z Traktatami Unijnymi *już* legło u podstaw integrującej się Europy – dopiero w przyszłości, podejmując projekt na płaszczyźnie ogólnokulturowej, czyli „egzystencjalnej konstrukcji” odpowiadającej na zadane przez Aarnio pytanie „Kim jesteśmy, Europejczycy?” – „politycznoprawnej konstrukcji” naszej rzeczywiście wspólnej kultury prawnej?

Grunt, po którym zdaje się zmierzać zarysowywana w niniejszym artykule strategia, może zdawać się niepewny. Wszak ktoś może zauważyć, iż jeśli mielibyśmy podjąć się tego drugiego zadania, tj. politycznoprawnej konstrukcji naszej wspólnej publicznej kultury prawnej, to czyż nie popadniemy w przesiąknięte ideologiczną nadgorliwością uzasadnianie celów stawianych na gruncie doraźnych polityk prowadzonych przez międzynarodowe czy paneuropejskie instytucje tudzież umowy międzypaństwowe? Czyż nie będziemy wtedy uzasadniać celów „spływających z góry”, tj. wyłaniających się z debat elit polityczno-gospodarczych i tym samym realizować woli – wszelako nie Europejczyków, lecz możliwych ich świata³⁴? Otóż wydaje się, że bieg procesów legitymizacyjnych, implikowanych przez analizowaną decyzję Trybunału Sprawiedliwości UE, jest zgoła odwrotny. Tym,

³³ J. McCormick, *Europeanism*, op. cit., s. 66.

³⁴ Jiri Pribán, „Multiple Sovereignty: On Europe’s Self-Constitutionalization and Legal Self-Reference”, *Ratio Juris*, 23 (1), 2010, s. 48. Zob. również: J. McCormick, *Europeanism*, op. cit., s. 4.

czemu zdaje się ona czynić zadość są współczesne wymogi społeczeństw demokratycznych, które nade wszystko podają pod publiczną debatę uzasadnienia prawnopolityczne³⁵.

Pojęcie politycznoprawnej konstrukcji wspólnej kultury prawnej, o której tutaj mowa, zakłada zastosowanie do niej idei demokracji deliberatywnej, która ufundowana jest na zastosowaniu do zagadnień związanych ze społeczeństwami demokratycznymi teorii dyskursu, która mając u podstaw Habermasowskie pojęcie autonomii³⁶ wymusza niejako podanie pod publiczną debatę możliwych argumentów potencjalnie stanowiących uzasadnienia rozstrzygnięć prawnych³⁷ systemu prawa unijnego. Innymi słowy, istotą przedstawianej tutaj strategii legitymizacji prawa Unii Europejskiej nie jest ani dowolność ani przypadkowość jego ujęcia, ani też ideologicznym duchem prześiąknięte dostosowywanie uzasadnień prawnych do politycznie realizowanych celów czy interesów zbiorowych państw członkowskich Unii Europejskiej. Wprost przeciwnie, sednem sprawy jest uwolnienie (*Abhebung*) do poziomu świadomości tak publicznej jak i instytucjonalnej (czyli racjonalnej w rozważnej perspektywie) konieczności pobudzenia kooperatywnych mocy budowania komunikacyjnych uzasadnień dotyczących najbardziej podstawowych zasad naszego europejskiego współbycia.

Chodzi więc tutaj, jak się nam wydaje, o symultaniczne pobudzenie jednocześnie dwóch wymiarów: z jednej strony zarówno porządków instytucjonalnych związanych ze stanowieniem prawa UE oraz w krajach członkowskich, jak i porządków związanych z aplikacją prawa

³⁵ K.M. Cern, P.W. Juchacz, B. Wojciechowski, „Whose Reason or Reasons Speak Through the Constitution? Introduction to the Problematics”, w: K.M. Cern, P.W. Juchacz, B. Wojciechowski (eds.), *Whose Reasons or Reason Speaks through Constitution?*, op. cit., s. 455-463.

³⁶ Na ten temat zob: K. M. Cern, B. Wojciechowski, „O koniecznych związkach między dyskursem prawnym a moralnym”, *Principia*, t. LIV-LV (2011), s. 191-221.

³⁷ Kwestia ta w praktyce instytucjonalnej okazuje się być dość skomplikowana a rzeczywista realizacja normatywnego postulatu „przekładania” opinii obywateli na wolę obywateli, czyli publicznego konstruowania wyżej wspomnianych argumentów wymaga jeszcze wiele pracy tak teoretycznej jak i właśnie instytucjonalnej. Na ten temat, w kontekście instytucji wysłuchania publicznego, por. Piotr W. Juchacz, *Public Hearing: On the Dangers of Adversarial Participation*, w: Bartosz Wojciechowski, Piotr W. Juchacz, Karolina M. Cern (eds.) *Legal Rules, Moral Norms and Democratic Principles*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2013.

nierozerwalnie związaną z jego racjonalnym uzasadnianiem, czyli z poziomem sądownictwa krajowego, stanowiącego nerw idei harmonizacji prawa unijnego. Z drugiej znowu strony istotne jest danie asumptu do debat w sferach publicznych, tak krajowych, jak i ogólnoeuropejskich, na gruncie których dotychczasowe kultury prawne i zakorzenione w nich uzasadnienia (krajowych) porządków prawa będą mogły być podane euroobywatelskiej refleksji.

Precyzując stanowisko w sprawie decyzji TSUE można wręcz powiedzieć, iż czyni ona zadość wymogowi poszukiwania prawomocnych uzasadnień systemu prawa ze strony obywateli jako zarazem twórców, jak i adresatów tegoż prawa. Ale to nie wszystko, gdy zwróci się uwagę na tezę Mattiasa Kumma, iż

konkurujące ze sobą metodologiczne podejścia do zagadnienia, jak sądy powinny interpretować konstytucje są zakorzenione w rywalizujących ze sobą koncepcjach dotyczących roli instytucji mających za zadanie wprowadzanie w życie określonej konstytucji. W tym sensie pytania o metodę prawną są pytaniami dotyczącymi instytucjonalnych projektów lub pytaniami dotyczącymi interpretacji roli instytucji. Debaty nad metodologią prawa są zazwyczaj debatami nad tym, co sądy powinny czynić. Są one ściśle związane z argumentami dotyczącymi stosownego funkcjonowania sądów w ich relacji do innych aktorów w obrębie określonego schematu instytucjonalnego podziału pracy³⁸.

Zgodnie z tą ideą kwestie metodologiczne prawa, do których niewątpliwie przynależy dyskutowana tutaj decyzja TSUE, dotyczą również wizji instytucjonalnej roli sądów oraz sędziów w perspektywie (przynajmniej) ich odniesienia do innych instytucjonalnych aktorów systemu prawa, jeśli nie również – podążając teraz za koncepcją Marka Zirk-Sadowskiego³⁹ – dotyczą roli sądów i sędziów, rozumianej w szerszej już perspektywie kultury polityczno-prawnej.

Z perspektywy filozoficznoprawnej wizji tego ostatniego autora można zinterpretować omawianą decyzję właśnie jako uznanie wspólnoty sędziów za jedną ze wspólnot współtworzących kulturę prawnopolityczną i na podstawie tej racji zinterpretować otworzenie właśnie przez nią dyskusji nad prazródłami prawa unijnego dla pozostałych wspólnot – czyli dla sądów krajowych, a także krajowych i unijnych

³⁸ Mattias Kumm, „The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty”, *European Law Journal*, 11 (3), 2005, s. 283.

³⁹ M. Zirk-Sadowski, „Rządność sądów a zarządzanie przez sądy”, *Zarządzanie publiczne*, 2009 (1), s. 45-65.

„silnych” sfer publicznych. Oczywiście pod warunkiem, że idea ta zostanie dalej „podchwycona” (czyli zyska uznanie) również przez kolejne instytucje funkcjonujące w łańcuchu systemu prawa z uwzględnieniem, rzecz jasna, „schematu instytucjonalnego podziału pracy” związanego z określonymi momentami procesów stanowienia czy egzekwowania prawa.

Zrozumienie wyrażonego w omawianym orzeczeniu TSUE znaczenia uznania wspólnoty sędziów jako *tylko jednej ze wspólnot interpretujących prawo* stanowi istotny krok na drodze do realizacji wizji samokonstytucjonalizacji (*self-constitutionalization*) Europy opartej o ideę patriotyzmu konstytucyjnego autorstwa Habermasa⁴⁰. Rozwój tej koncepcji, której źródeł można się dopatrywać już w *Faktyczności i obowiązaniu* (a nawet już nieco wcześniej), gdzie zostaje dokonana wspomniana już redefinicja Kantowskiego pojęcia autonomii, doprowadził Habermasa do zajęcia stanowiska, na gruncie to którego możliwe jest konstruowanie politycznej wspólnoty europejskiej⁴¹ w oparciu o rozumne *publiczne uzasadnienia* jej prawnopolitycznych, a tym samym również (bo nie wyłącznie) jej moralnych ram.

Warunkiem wytworzenia się owej publicznej kultury prawnej jest więc pojawienie się procesów rozumnego formułowania publicznych uzasadnień dla normatywnych roszczeń mających nas wspólnie obowiązywać. W procesach formułowania uzasadnień publicznych, o ile, podkreślamy, zostaną one podjęte zarówno przez silne sfery publiczne, jak i przez słabe sfery publiczne, czyli samorządnie organizujących się euroobywateli, będą mogły zostać poddane krytyce również przekonania moralne i etyczne wszystkich (to znaczy, pochodzących z wszystkich państw członkowskich UE) twórców i zarazem adresa-

⁴⁰ Na ten temat patrz: K.M. Cern, „On the Constructivist Premise of Constitutional Patriotism by Jürgen Habermas”, in: M. Zirk-Sadowski, B. Wojciechowski, Karolina M. Cern (eds.), *Legal and Communication Strategies towards the Recognition of Minority Groups*, Ashgate 2014.

⁴¹ Potencjalnie, tzn. z perspektywy prawnopolitycznej, można postulować konstruowanie nawet wspólnoty o zasięgu globalnym, jakkolwiek obecnie brakującym ogniwem by zrealizować ten postulat, okazują się być rzeczywiste więzi tzw. pozytywnej cywilnej solidarności – zob. J. Habermas, *The Postnational Constellation*, The MIT Press, Cambridge, Mass. 2001, s. 65 in. Na temat pojęcia wspólnot konstruktywistycznych patrz: B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*, Toruń 2009; a także *Philosophical Approach to the Interculturality of Criminal Law*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2010.

tów prawa unijnego, tak iż w efekcie finalnym uzyskane zostanie takie prawo, *resp.* taka interpretacja źródeł wspólnego prawa, którą można będzie uznać za wspólny, a zatem łączący a nie dzielący, kooperatywny wytwór euroobywateli.

Dopiero z uwagi na wskazywany tutaj proces, a możliwe iż nawet cały ciąg procesów, dość często krytykowane jako fasadowe pojęcie euroobywatelstwa⁴² – z uwagi ufundowanie go na koniecznym dlań pojęciu obywatelstwa państwa członkowskiego UE – może zostać przekształcone w pojęcie znaczące, kluczowe dla określania tożsamości Europejczyków. Pojęcie euroobywatelstwa zyska rzeczywistą treść wtedy, gdy owa europejska tożsamość a tym samym również źródła prawnej legitymizacji systemu prawa Unijnego zostaną rzeczywiście „uwspólnotowione”, a więc wspólnie, dyskursywnie ustalone w procesach kooperatywnej interpretacji publicznej kultury politycznoprawnej otwartej na rzetelną refleksję krytyczną (emancypacyjną) nad poszczególnymi partykularnymi tradycjami i wspólną przyszłością.

Zakończenie

Omawiana tutaj kwestia orzeczenia TSUE nie pozostaje bez związku z uwagami angielskiego filozofa omówionymi w środkowej części niniejszego artykułu. Otóż, z jednej strony, uwolnienie praźródeł interpretacji prawa unijnego można odczytywać jako uznanie – ze strony jednej z najważniejszych instytucji systemu prawa UE – wspólnoty sędziów za jedną z wielu wspólnot interpretujących prawo UE i zaproszenie pozostałych wspólnot oraz obywateli do kooperatywnego dyskursu, który w istocie dotyczy naszej europejskiej tożsamości, czyniąc zadość idei samokonstytucjonalizacji Unii Europejskiej. Z drugiej strony decyzja ta wyraża uznanie, będące swoistym przymusem racjonalności – uznanie, iż oto my – Europejczycy jesteśmy „ludźmi dojrzałymi”, którzy rozwinęli już lub dostrzegli nieuchronną potrzebę rozwinięcia moralno-demokratycznych kompetencji ukierunkowanych na publiczne formułowanie racji na rzecz wysuwanych przez nas samych roszczeń, tudzież meta- kompetencji rozróżniania i kwalifikacji tych roszczeń, co jest niezbędne do uzasadniania zakresu ich obowiązywalności. Chodzi tu w gruncie rzeczy o uznanie moralno-demokratycznych

⁴² J. McCormick, *Europeanism*, op. cit., s. 66, 75, 78.

kompetencji umożliwiających autokrytyczne, refleksyjne nastawienie do nas samych w kontekście wspólnego europejskiego ładu sprawiedliwości.

Karolina M. Cern, Bartosz Wojciechowski

Abstract. In the following paper we investigate sources and democratic credentials of the common European constitutional culture. The significance of national constitutional traditions is contrasted with the requirement of democratic legitimation for Union law. With that regard the CJEU's ruling in case C-555/07 *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH&Co. KG* is carefully analysed. We state a thesis that the chief feature of the searched after common European constitutional culture should be its normative emancipatory force expressed in the concept of the European self-constitutionalisation.

Keywords: The common European constitutional culture, the multicentric paradigm of law, the national identity of Member States, a case C-555/07 *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH&Co. KG*, the constructing of the Future Europe

Słowa kluczowe: Wspólna europejska kultura konstytucyjna, multientryczny paradygmat prawa, tożsamość narodowa państw członkowskich UE, orzeczenie C-555/07 *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH&Co. KG*, budowanie przyszłej Europy